

令和4年（行ケ）第2号 地方自治法第251条の5に基づく違法
な国の関与（裁決）の取消請求事件

原告第1準備書面

令和4年9月16日

福岡高等裁判所那覇支部民事部IVB係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 加藤 裕

弁護士 仲西 孝浩

弁護士 松永 和宏

弁護士 宮國 英男

原告指定代理人

沖繩県知事公室

知事公室長 嘉 数 登

基地対策統括監 溜 政 仁 代

辺野古新基地建設問題対策課

課 長 知 念 宏 忠 代

副参事 仲宗根 英 之 代

班 長 親富祖 英 二 代

主 査 佐 仲 貴 幸 代

主 査 池 原 賢 治 代

主 査 与那覇 克 弘 代

主 査 與那覇 真 吾 代

主 任 大 城 健 司 代

主 任 上 原 祥 平 代

沖繩県農林水産部漁港漁場課

課 長 仲 地 克 洋 代

副参事 小納谷 研 一 代

班 長 内 間 修 代

主 査 宮 里 真 常 代

沖繩県土木建築部海岸防災課

課 長 前武當 聡 代

副参事 與 儀 喜 真 代

班 長 福 地 保 宗 代

主任技師 清 水 亮 代

主任技師 平 良 知 之 代

目次

第1 沖縄防衛局は本件変更不承認処分を「固有の資格」において受けたこと	4
1 本件の争点	4
2 令和2年最高裁判決の理解について	5
3 被告主張の誤りについて	14
4 国が、本件変更不承認処分を固有の資格において受けたこと	17
5 期間の意義について	17
第2 本件裁決は被告が権限を濫用したもので無効であること	23
1 被告の主張が権限濫用の主張に対する反論となっていないこと	23
2 濫用を裏付ける具体的な事実関係があること	25

第1 沖縄防衛局は本件変更不承認処分を「固有の資格」において受けたこと

1 本件の争点

被告は、令和2年最高裁判決の要旨を引いた上で(答弁書21頁以下)、変更承認はあくまで当初の埋立承認の内容を一部変更するものであり(答弁書25頁以下)、藤田の整理によっても①埋立てを適法に行える資格の付与の段階に該当するもので(答弁書26頁以下)、埋立地の用途又は設計の概要の変更については変更許可と変更承認とで手続や要件等に何ら差異が設けられていない(答弁書28頁以下)、原告が引く水道法や都市計画法の例とは法律や制度が異なる等(答弁書30頁以下)、沖縄防衛局は「固有の資格」において本件変更不承認処分を受けたものではない旨主張する。

この点、原告と被告とでは、前提として、令和2年最高裁判決の判断枠組みについての理解が異なっていると思われる。

被告は、令和2年最高裁判決の「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべき」との判示を、以下のいずれかに理解していると考えられる。

すなわち、固有の資格該当性判断に際して、①規律の相違を比較する対象となる処分を、当該審査請求手続において問題となる具体的な処分(及び同じ処分について私人等が名宛人となった場合の処分)に限定する、あるいは、②①で対象となる処分同士を比較する規律を、国等が名宛人となる処分と、私人等が名宛人となる処分の規律の重複する部分に限定する、のいずれかの理解に立脚していると思われる。

被告のこのような理解は、「埋立法上、変更承認の対象となる埋立地の用途又は設計の概要の変更に係る手続や要件等は、埋立免許の場合にそれらの変更許可を受けるための手続や要件等と何ら差異は設けられていない」、「本件変更不承認処分についての固有の資格該当性を検討するに当たっては、本件変更不承認処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの、つまりは、不承認とされた本件変更部分（「埋立地ノ用途ノ変更」及び「設計ノ概要ノ変更」）に着目すべきであって、本件変更不承認処分及び同処分に対する不服申立てにおいて審査対象ではない工事期間の伸長と埋立区域の減少に着目して、その固有の資格該当性を判断すること自体が失当である」との主張からうかがわれる。

しかし、いずれにしても、このような限局的な理解は誤っている。

以下では、令和2年最高裁判決の理解について述べた上で、被告主張に理由がないことを主張する。

また、併せて裁判所の指摘を踏まえて、着工や竣功の期間についても主張を補足する。

2 令和2年最高裁判決の理解について

(1) 規律の相違を比較する対象となる「処分」の理解について

既に訴状において、国地方係争処理委員会の判断について主張したところであるが、令和2年最高裁判決は、当該審査請求手続きにおいて問題となる具体的な処分（及びそれが一般私人が名宛人になった場合の処分）の規律のみを考慮すべきとの判断枠組みをとったものとは考えられない。

そもそも、令和2年最高裁判決は、本件承認処分を、1号要件及び2号要件の欠如、留意事項違反を理由として取り消したH30職権取消

処分についての審査請求に対する裁決の関与該当性が問題となった事案である。

仮に、当該審査請求手続きにおいて問題となる具体的な処分の規律のみを考慮するという枠組みなのであれば、令和2年最高裁判決が、そもそも埋立承認処分と埋立免許処分の規律の相違を比較していること、その比較にあたり、「出願手続（2条2項、3項）、審査手続（3条）、免許基準（4条、5条）、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（6条～10条）、処分の告示（11条）等の埋立免許に係る諸規定を準用している（42条3項）。また、国の機関と国以外の者との間で同一区域における埋立ての出願が競合する場合であっても、国の機関による埋立承認の出願を国以外の者による埋立免許の出願に優先する仕組みは採られておらず、両者は所定の基準に従い同列に審査すべきものとされている（同法施行令3条、30条）。すなわち、埋立承認及び埋立免許を受けるための手続や要件等に差異は設けられていない。」というように、埋立免許と埋立承認の手続や要件等の規律を包括的に比較していること、特に、本件では競願がない事案であるにもかかわらず、施行令3条、30条に触れていることの説明がつかない。

けだし、令和2年最高裁判決の事案において、審査請求手続の対象となった処分はH30職権取消処分であるから、審査請求手続きにおいて問題となる具体的な処分の規律のみを考慮する判断枠組みでは、承認取消処分と免許取消処分が比較されていなければならないし、比較されるべき規律も、公水法4条1項1号、2号、あるいは、せいぜい埋立承認処分の留意事項（附款）に対応する免許条件（附款）に関する規定に限定されてしまうはずだからである（被告主張の枠組みでは、

具体的な審査請求手続における違法事由と関わりがない出願手続や審査手続等の規定の比較も不要ではないかと思われる)。

また、訴状で指摘したとおり、仮に、このような枠組みに拠るなら、各審査請求手続における具体の処分に対応して、私人と国等とで比較すべき規律が事案ごとに異なってしまい、固有の資格該当性の判断は、個別具体的な事案により左右されることとなる。

同じ埋立承認処分と埋立免許処分であっても、公水法2条3項4号の埋立ての場合には(ちなみに、本件も、埋立地を、他人すなわち米軍に使用させることを主たる目的とする埋立てであるから、この規定の適用を受ける)、公共団体等のみができることとされているから、埋立承認処分に固有の資格が認められ、そうではない場合には規律に相違がなく、認められない、というような極めて不安定な解釈を許すこととなってしまう(被告の主張する枠組みだと、令和2年最高裁判決の判断の射程は、著しく狭いことになる)。

このように不安定な判断枠組みは、実質的にも妥当性を欠くと言わざるを得ない。

さらに言うなら、訴状において指摘したとおり、固有の資格が認められる例の中には(令和2年最高裁判決調査官解説238頁以下及び260頁参照)、私人について国等よりも要件が加重されているもの(水道法、都市計画法)があるが、国主張の枠組みの下では、重複する部分が同じである限り、私人について加重されている規律の相違は問題となる余地がないから、このような規律の相違に着目して固有の資格該当性が認められる余地がなくなってしまう。

令和2年最高裁判決は、埋立承認処分（公水法42条1項に基づく処分）と埋立免許処分（公水法2条1項に基づく処分）を制度として比較対象としたのである。

本件についていうならば、端的に、埋立変更承認処分（公水法42条3項、13条の2に基づく処分）と埋立変更許可処分（公水法13条の2に基づく処分）の規律の相違が比較されるべきことになるのであって、それ以上でも以下でもない。

(2) 対象となる処分において比較されるべき「規律」について

令和2年最高裁判決は、埋立承認処分と埋立免許処分を比較対象とした上で、実際にその規律を比較するにあたり、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を区別し、基本的には前者に着目して比較している。

この区別の根拠が、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべき」という判示である。

埋立承認処分により、国は、竣功通知により自ら公有水面の公用廃止処分をなすことで埋立地の所有権を取得しうる地位に立つ一方で、埋立免許処分によっても、国以外の者は、このような地位には立てない。

このように、処分により置かれることになる地位に相違がある場合であっても（処分後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律に相違がある）、厳密に言えば、処分の法的効果が異なることは凡そ否定できないはずである。

しかし、最高裁は、処分により置かれることになる地位や規律の相違は、埋立免許処分や埋立承認処分の審査請求手続において審査の対象となるものではないとして、埋立免許処分と埋立承認処分を比較するに際して、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」とを区別し、前者のみを比較したのである。

この点について、被告の主張からすると、被告は、国等に対する処分の規律のみ（本件でいうなら「埋立承認処分」）の審査請求手続において審査の対象となるものに限定したものと理解しているようにも思われる（裏返せば、それと比較されるべき「埋立免許処分」の審査請求手続において審査の対象となるもので、「埋立承認処分」の審査請求手続において審査の対象とならないものは比較されるべき「規律」から除外される）。

しかし、このような理解は、令和2年最高裁判決が、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」を区別する根拠として上記の判示をしていることと論理的に整合しない（区別の次元が違ってしまっている）。

被告主張に沿うような理解からは、例えば、調査官が、令和2年最高裁判決と整合する事例として挙げている水道法や都市計画法のように（調査官解説238頁以下及び260頁）、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」について、私人が加重されている場合、その規律は、比較の対象から除外されてしまい、整合しない。

また、該当箇所を前後含めて全部引用すると、令和2年最高裁判決は、以下のとおり判示している（下線強調及び「当該処分」という語の数字は原告訴訟代理人が付記）。

「行政不服審査法は、行政庁の処分に対する不服申立てに係る手続（当該処分¹の適否及び当否についての審査の手続等）を規定するものであり、上記「固有の資格」は、国の機関等に対する処分がこの手続の対象となるか否かを決する基準であることからすれば、国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分であるか否かを検討するに当たっては、当該処分²に係る規律のうち、当該処分³に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべきである。所論にいう埋立承認のような特定の事務又は事業を実施するために受けるべき処分について、国の機関等が上記立場において相手方となるものであるか否かは、当該事務又は事業の実施主体が国の機関等に限られているか否か、また、限られていないとすれば、当該事務又は事業を実施し得る地位の取得について、国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われているか否か等を考慮して判断すべきである。そして、国の機関等と一般私人のいずれについても、処分を受けて初めて当該事務又は事業を適法に実施し得る地位を得ることができるものとされ、かつ、当該処分⁴を受取るための処分要件その他の規律が実質的に異なる場合には、国の機関等に対する処分の名称等について特例が設けられていたとしても、国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において当該処分⁵の相手方となるものとはいえず、当該処分⁶については、等しく行政不服審査法が定める不服申立てに係る手続の対象となると解するのが相当である。この

点に関し、国の機関等と一般私人との間で、当該処分⁷を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律に差異があっても、当該処分⁸に対する不服申立てにおいては、直接、そのような規律に基づいて審査がされるわけではないから、当該差異があることは、それだけで国の機関等に対する当該処分⁹について同法の適用を除外する理由となるものではなく、上記の解釈を左右するものではないというべきである。」

上記の1番の「当該処分」という用語は、明らかに「行政庁の処分」（名宛人が誰かにかかわらない：令和2年最高裁判決の事案に即するなら埋立承認処分と埋立免許処分をまとめて指し示している）の言い換えであり、2番以降の「当該処分」も、全て同じ用語を断りなく使用しており、同じ意味で用いられていると考えることが素直であろう（それで意味が通る）。

これと異なり、2番、3番は、直前の「国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分」を意味し、被告主張に係る「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべき」との判示は、「国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分」に係る「規律」のみを指すと解釈すべきというのが被告の主張と考えられる。

しかし、そもそも「国の機関等が一般私人が立ち得ないような立場において相手方となる処分」か否かは、「当該処分」について国の機関等と一般私人双方の規律を比較しなければ判定できないのだから、このような読み方は、それ自体として不自然であろう。

また、1番、4番、7番、8番の「当該処分」は、国の機関等と一般私人が受ける処分双方を指すものとして用いられているという読み方以外はできないし、9番の「当該処分」も、「国の機関等に対する」という言葉に引き続いて用いられている以上、「当該処分」自体は、名宛人が誰かとは関係がない概念として用いられていると考えざるを得ない。

つまり、被告の主張に沿う判示の読み方は、同じ用語が、同じ文脈で特に断りなく異なる意味で用いられていることを前提にした、恣意的な読み方と言わざるを得ず、令和2年最高裁判決の解釈としては誤りである。

なお、ここで、「審査の対象となるべき」の意味については、最高裁が、免許基準以外の規律（出願手続、審査手続等）も比較しており、特に、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（6条～10条）、処分の告示（11条）、競願の処理（施行令3条、30条）についても比較した上で、「埋立承認及び埋立免許を受けるための手続や要件等に差異は設けられていない」と判示していることからすると、免許基準に限定する趣旨とは考えられず、広く、当該処分に関わる規律の相違を比較する趣旨と理解される。

要するに、「当該処分に係る規律のうち、当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきものに着目すべき」であるとの判示は、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の区別するための理由付けに過ぎず、それ以上でも以下でもない。

つまり、この区別は、時的な切り分けであって、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」の中に、「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」と、「審査の対象とならないもの」（それ以外の規律）の区別があるものと読むことはできない。

- (3) 対象となる処分において比較されるべき「規律」以外の要素について最後に、令和2年最高裁判決は、上記のとおり、比較されるべき「規律」を、基本的には「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」に限定しているものと思われるが、それ以外の要素が考慮されないとまでは判断していないことについても指摘しておく。

訴状でも引用したとおり、令和2年最高裁判決は、「処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律に差異があっても、当該処分に対する不服申立てにおいては、直接、そのような規律に基づいて審査がされるわけではないから、当該差異があることは、それだけで国の機関等に対する当該処分について同法の適用を除外する理由となるものではない」、「処分の名称や当該事業の実施の過程等における規律に差異があることを考慮しても、国の機関が一般私人が立ち得ないような立場において埋立承認の相手方となるものとはいえない」としている（下線強調は原告訴訟代理人）。

結局、令和2年最高裁判決は、比較対象となる処分（国等の機関及び一般私人が名宛人となる処分）に関する審査請求手続において問題となりうる規律の相違に着目して国等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われているか否かを判断しているものの、それ以外の規律、要素も含めて総合的に考慮しているものである。

訴状でも指摘したが、補助金適正化法のように、全く同じ規律であっても固有の資格該当性が認められる例はあり、このような例とも整合する。

3 被告主張の誤りについて

以上の令和2年最高裁判決の判断枠組みの理解を踏まえて、被告主張が誤りであることを指摘する。

(1) 埋立変更承認が埋立承認の内容を一部変更するものであるとの主張について

被告は、埋立承認と埋立免許はいずれも同じく埋立てをなし得る地位の取得に係る処分で、埋立承認処分については固有の資格該当性が否定されているところ、その内容を一部変更する処分である変更承認処分、変更許可処分についても同様に解される旨主張している。

しかし、被告の主張には理由がない。

埋立承認処分と埋立免許処分は、いずれも同じく埋立てをなし得る地位の取得に係る処分ではあるが、令和2年最高裁判決は、法的効果が同じであることから、固有の資格該当性を否定したわけではない。

埋立承認処分と埋立免許処分の規律と、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分の規律が異なる以上、前者の法的効果と後者の法的効果が共通するからといって、後者についても固有の資格該当性が当然に否定されるという関係にはないことは明らかである。

本件においては、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分を比較しなければならない。

また、「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規

律」の区別は、あくまでも埋立承認処分と埋立免許処分を比較する際に、比較されるべき規律を「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」という観点から区別しただけのことで、この区別が、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分の規律を区別する際に、そのまま妥当するものでもない。

令和2年最高裁判決の理解について上述したとおり、同判決は、免許基準以外の規律（出願手続、審査手続等）も比較しており、特に、水面の権利者に対する補償履行前の工事着手の禁止等（6条～10条）、処分の告示（11条）、競願の処理（施行令3条、30条）についても比較しているところ、同判決がいう「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」には、広く「埋立承認及び埋立免許を受けるための手続や要件等」が含まれ、必ずしも処分要件のみに限定する趣旨ではない。

「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、「当該処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の区別は、埋立承認処分と埋立免許処分についての、時的な区別に過ぎない。

埋立承認処分と埋立免許処分における「当該処分（埋立承認処分、埋立免許処分）を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の一部（本件で言うなら公水法13条、32条乃至35条、42条3項等）は、埋立変更承認処分や埋立変更許可処分については、「当該処分（埋立変更承認処分、埋立変更許可処分）を受けるための処分要件その他の規律」に他ならず、比較されるべき規律は自ずと異なる。

被告の、埋立変更承認処分が埋立承認処分の内容を一部変更するものだから、埋立承認処分が固有の資格である以上、同様に解される、といった主張には理由はない。

なお、藤田の整理についても論難するが、藤田が、埋立変更許可（承認）処分に当てはまるものとして概念整理していることは読み取れないし（同『行政組織法 第2版』55頁を読めば明らかであるが、あくまで「免許」と「承認」について検討している）、①の段階にとどまる限り、法的効果が同一である（②の段階の規律の相違を①の段階での法的効果の相違と評価しない）と整理しているだけで、法的効果が共通していれば固有の資格該当性が否定されるとしているわけでもない。

(2) 埋立地の用途又は設計の概要の変更に関する規律について

被告は、埋立地の用途又は設計の概要の変更については、変更許可と変更承認とで手続や要件等に何ら差異が設けられていない旨主張し、埋立変更承認処分について固有の資格該当性を否定するが、このような主張は、令和2年最高裁判決についての誤った理解を前提としたものであって、理由がない。

上記のとおり、本件では、埋立変更承認処分（公水法 42 条 3 項、13 条の 2 に基づく処分）と埋立変更許可処分（同 13 条の 2 に基づく処分）が制度として比較されるべきであり、比較されるべき規律は、これらの処分双方の手続や要件等の規律である。

(3) 補助金適正化法、水道法、都市計画法等の例について

被告は、原告がこれらの他法令における固有の資格の例を挙げたことについて、論難するが、原告は、各法令における固有の資格該当性の解釈について主張しているわけではない。

令和2年最高裁判決は、個別法令における規律の相違を比較する前提となる固有の資格該当性の判断枠組みについて判断したものであるところ、同判決調査官が同判決の枠組みと整合する例として挙げている他法

令における固有の資格の例や、法令上固有の資格該当性が明らかな例と整合するはずである、という限度で主張したものに過ぎず、理由がない。

4 国が、本件変更不承認処分を固有の資格において受けたこと

既に訴状で指摘したとおり、公水法は、国が埋立承認に基づいて埋立てをする場合について、指定期間内における工事の着手及び竣功の義務に係る規定（13条）、違法行為等に対する監督に係る規定（32条、33条）、埋立免許の失効に係る規定（34条、35条）を準用しておらず、42条3項は、変更承認の対象について「埋立地ノ用途又ハ設計ノ概要ノ変更ニ係ル部分」に限っている。

このような規律の相違は、本来的に公有水面の支配管理権を有しているという国の特殊な地位（公水法1条）に由来する。

かかる特殊な地位に鑑みて、埋立承認処分後は、国が自律的に埋立て事業を遂行できるものとなっており、国以外の者が変更許可を受ける場合に比して、埋立変更承認処分を受けるべき場面を限定し、その結果、竣功期間の伸長の許可を受けずとも承認処分は失効せず、原状回復義務も負わないようになっている。

このように、国以外の者が変更許可を受ける場合、国の機関が変更承認を受ける場合とでは、手続及び要件等の規律に差異があり、この差異によって、「国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われている」（平たく言えば、自己の判断で工事を進めやすくしている）ことは明らかであって、沖縄防衛局は「一般私人が立ち得ないような立場」、すなわち固有の資格において変更承認処分の名宛人となったものである。

5 期間の意義について

(1) 期間に関する規定の趣旨等について

公水法 13 条、34 条 1 項 2 号の規定が置かれたのは、「当該区域の利用の増進を図るために、埋立権者をしてできるだけすみやかに、工事に着手させ」、あるいは「一方において公有水面の公共利用が妨げられることになり、その代わりに、埋立地という新しい経済価値の造成が期待されるのであるから、埋立権者をして、できるだけすみやかに、工事を完成させなければならない」からである（山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』（以下、「山口・住田」という。）259 頁、269 頁）。

つまり、公有水面という公物をそのまま利用することの公益を、埋立地の利用により生じる公益が上回るからこそ、埋立免許を与えられるところ、埋立地の利用による公益が速やかに実現されず、公有水面の公共利用が妨げられているだけの状態が長期間存続することは望ましくない（本件のように埋立地の利用による公益の大きさが、供用実現の速度に大きく依存する場合には、より一層当てはまる）。

そのため、公水法は、工事の着手及び竣功を、都道府県知事が指定する期間内になすことを要求し（公水法 13 条）、期間内に実施しない場合に免許が失効することを定めた（同 34 条 1 項 2 号）。

この期間の指定は必要的であり（山口・住田 125 頁）、その性質はいわゆる附款である（同 120 頁）。

この規定が国に準用されていない趣旨は、国は、本来的に公有水面の支配管理権を有しているため、都道府県知事の監督を受けずとも、自らの判断で速やかに埋立工事に着手、竣功し、公益を実現することが期待されるからである。

(2) 令和 2 年最高裁判決の理解

ア 概念相互の理解

①「当該処分を受けるための処分要件その他の規律が実質的に異なる場合」、②「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」、③「処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」の概念相互の関係については、以下のとおりと理解される。

令和2年最高裁判決は、固有の資格該当性を「一般私人が立ち得ないような立場」と定義し、(1)当該事務又は事業の実施主体が国の機関等に限定されている場合、もしくは、(2)当該事務又は事業を実施し得る地位の取得について、国の機関等が一般私人に優先するなど特別に取り扱われている場合のいずれかに該当する場合に肯定されるものとしている。

一方で、(3)国の機関等に対する処分の名称等について特例が設けられていたとしても、国の機関等と一般私人のいずれについても、処分を受けて初めて当該事務又は事業を適法に実施し得る地位を得ることができるものとされる場合であって、かつ、当該処分を受けるための処分要件その他の規律が実質的に異なる場合には固有の資格該当性が否定されるとしている（この(3)の場合は、(1)、(2)のいずれにも該当しない場合なので、厳密には独立した規範ではない）。

そして、行審法7条2項の固有の資格概念は、行政庁がなす処分（名宛人が誰かに限らない。本件の場合は、埋立免許処分及び埋立承認処分を包括したものを指す。以下、「当該処分」という。）のうち、国の機関等に対する処分が審査請求手続きの対象となるか否かを決する基準であることから、上記の(2)ないし(3)の適用を判別するために、国の機関等に対する処分と一般私人に対する処分についての規律を比較

するに際して、②「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」に着目すべきとした。

そして、①「当該処分を受けるための処分要件その他の規律が実質的に異なる場合」には、特別に取り扱われていないものとして、固有の資格該当性を否定すべきとしている。

この①「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」と、対比されるのが、③「処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」であり、この規律に差異があることは、それだけでは固有の資格該当性を肯定する根拠にはならないとしている。

つまり、上記の(2)、(3)の規範の当てはめのための比較に際して着目すべき規律を抽出するための指針となる概念が②「当該処分に対する不服申立てにおいて審査の対象となるべきもの」であり、その指針を、埋立承認処分と埋立免許処分について当てはめた際に、着目すべき規律を指すのが、①「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」で、一方で、着目しない規律が③「処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」ということになる。

ただし、ここでいう「審査の対象となるべき」の意味については、上述したとおり、免許基準に限定する趣旨とは考えられず、免許基準以外の規律（出願手続、審査手続、補償履行前の工事着手の禁止や告示、競願があった場合の処理等）も広く含むものと理解される（手続違背等、免許基準以外の規律も、処分の違法・不当事由となりうると考えられる）。

また、規律の相違を比較するに際して、個別の審査請求手続において問題となった具体的な処分（とそれに比較される一般私人等に対す

る処分)ではなく、制度としての処分の規律の相違が比較されるべきこと、また、国の機関等に対する処分の規律と一般私人に対する処分の規律の重複部分のみが比較されるべきではないことについても上述したとおりである。

さらに、①と③の概念は、あくまでも埋立承認処分の固有の資格該当性の判定のために埋立承認処分と埋立免許処分の規律を比較する際の区別であるから、上述したとおり、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分を比較する際に、そのまま当てはまるわけではない。

例えば、法 34 条は、埋立免許後の失効に関する規定だが、埋立免許の場合には、埋立変更許可処分を受けなければ適用され、一方で埋立承認の場合には埋立変更承認処分を受ける必要がない、という形で、埋立変更許可処分と埋立変更承認処分の規律の相違として比較されるべき規律である。

当たり前だが、埋立承認処分、埋立免許処分の時点では、③「処分を受けた後の事務又は事業の実施の過程等における監督その他の規律」であっても、その処分後、埋立変更承認処分、埋立変更許可処分の時点では、既に規律が適用され、埋立変更承認処分や埋立変更許可処分を受けるに際しての規律と評価されるべき規律が存在するからである。

イ 私人が期間の指定を争う場合

私人が許可処分と共に行われた期間の指定の具体的な内容に不服である（効果裁量に関して逸脱濫用がある）と主張して、不服申立てをした場合、そのことは、審査対象となると理解される。

一般に、処分と附款を切り離して考えることが可能であれば、附款のみの取消訴訟が提起でき、附款なかりせば処分がなかったであろうといえるような場合であれば、附款のみの取消訴訟は提起できないと考えられている（塩野宏『行政法 I 行政法総論 [第 6 版]』198 頁以下）。

期間の指定がない場合も、免許の効力には影響がないとされていることからすると（山口・住田 126 頁）、埋立免許処分と期間の指定は独立したものと考えられ、附款のみの取消訴訟が提起できるものと考えられる。

したがって、期間の指定に不服がある場合、期間の指定についての不服申立てが可能と考えられ、その場合、期間の指定の効果裁量に関して逸脱濫用があるか否かは、審査対象となると考えられる。

一方で、期間の指定の違法・不当性のみを理由として、埋立免許処分自体の不服申立てができるかについては疑義がある。

ウ 「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」との関係

法 13 条は、直接的には、処分後、指定期間内における工事の着工及び竣功の義務について規定するだけである。

埋立免許処分の場合に、期間の指定という附款を必ず付さなければならぬ一方で、埋立承認処分の場合には付す必要がない（あるいは付すことができない）、という規律は、解釈により導かれる（山口・住田 125 頁）。

令和 2 年最高裁判決の事案では、この規律の相違について、明確な争点とならなかったため、同判決は、法 13 条については、「指定期間内における工事の着手及び竣功の義務に係る規定（13 条）」とのみ解

釈し、「埋立免許がされた後の埋立ての実施の過程等を規律する規定」に振り分けられている。

しかし、期間の指定の附款についての規律の相違は、埋立免許処分と埋立承認処分について、①「当該処分を受けるための処分要件その他の規律」にあると解されるべきであったと考えられる（その限度では、令和2年最高裁判決の判断は、見落としがあると言わなければならない）。

とはいえ、いずれにしても、埋立変更承認処分と埋立変更許可処分については、法13条、34条1項の適用が除外されたために、埋立変更承認処分を受けるべき場合が限定されているところ、これらが比較されるべき規律、つまり、①「当該処分（埋立変更承認処分ないし埋立変更許可処分）を受けるための処分要件その他の規律」にあたることは言うまでもない。

第2 本件裁決は被告が権限を濫用したもので無効であること

1 被告の主張が権限濫用の主張に対する反論となっていないこと

原告が本件裁決は被告が権限を濫用したもので無効である旨主張したのに対し、被告は、答弁書「第7 本件裁決が審査庁の立場を濫用してされたものではないこと」（同34頁～）において、①「審査請求人と審査庁のいずれもが国の機関となることは、行政不服審査制度上当然に予定されている」、②「閣議決定は、内閣の重要政策に関する基本的な方針として決定されるものであり…、個別の処分の法令適合性の判断を拘束するもようなものではあり得」ず、審査庁は、「具体的な事実関係に照らして判断するものであり、このような個別・具体的判断は、閣議決定等から帰結されるものではない。」、③本件裁決と勧告を同日にしたこと

についても、「行審法や地法自治法において、裁決と勧告を同日で行うこと等を禁止したり制約したりはされて」いない、として権限濫用ではないと反論している。

しかし、これらの反論は、単に閣議決定や行審法による審査庁による審査、地自法による国の関与の制度を説明しているに過ぎない。権限の「濫用」は、そもそも行政機関に一定目的のために付与された権限を、形式的にはその権限の行使として用いながら、その具体的な事実関係のもとにおいてはその目的や制度趣旨を逸脱するなどのために利用しているとみられるためにその効力を否定されるものである。小早川光郎は、「行政作用の法的仕組みがその本来の趣旨目的の範囲を超えて利用され（*détournement de procédure* 手続の濫用）、立法の予定しないはずの不利益が特定の関係者に対して課せられるという場合もある。これを個別の行為の次元で言えば、行政機関の行為が形の上ではある一定の法的仕組みに則って行われているにもかかわらず、当該行為の実際の意図は、その仕組みを定める立法の趣旨に包摂されえない—または、本来それとは別の法的仕組みによって実現されるべき—種類のものであったという場合である。ある仕組みにもとづく権限をことさら特定の意図に、あるいは別の仕組みにもとづく別の権限に結びつけるという意味で“権限の連結（*Koppelung* 結合・融合）”等の表現が用いられることもある。」と指摘し、そのような行為は、「①その仕組みのなかで定められた要件を充足しないために違法となる場合」と、「②そうでなくても、行政作用の法的仕組みを濫用するものとして違法とされうる」場合があるとしている。

本件裁決についても、それが被告による「濫用」であるか否かについ

て、その事実関係や目的を無視してその権限の制度説明をするだけでは反論足りえない。

2 濫用を裏付ける具体的な事実関係があること

被告が本件裁決をなすにあたっては、これまでの辺野古新基地建設をめぐる国と沖縄県の間での係争をめぐる経過や本件裁決の過程にかかる事実から、被告による権限濫用が存することは、訴状 11～21 頁（第 1 章第 1 節「第 2 本件裁決が権限を濫用したものであること」の項）で指摘した事実のとおりである。

被告の反論が形式論にとどまっており回答になっていないので、ここで、いくつか繰り返し指摘しておく。

まず、閣議決定と行政不服審査請求手続における審査庁たる大臣による個別の適法性判断とは別であるという点について、まさに本来そうであるはずにもかかわらず、これが連結される事態が生じたということである。原告が H27 職権取消処分を行ったとき、事業者である沖縄防衛局が行政不服審査請求を行い、被告は平成 27 年 10 月 27 日に同処分の執行停止決定を行った。通常であれば、被告は、引き続き沖縄防衛局による審査請求についての本案を判断して裁決すれば足りるところ、同日、わざわざ閣議了解により、辺野古新基地建設についての日米合意という閣議決定による政策に基づき、主務大臣としての所管事務の法令の適正な執行を図るという判断ではなく、内閣の判断により、H27 職権取消処分についての「是正を図る」ための地自法に基づく代執行等の手続を行うことを決定したのである。しかも、被告は、この方針に基づき、「簡易迅速な手続」であるはずの行政不服審査請求における審査庁としての本案の判断を敢えて行わず、閣議了解に従い、裁決を保留するという審査庁

としての職務を放棄し、和解（平成 28 年 3 月 4 日）後の同年 3 月 7 日に審査請求が取り下げられるまで審査を行わなかったのである。およそ、都道府県による法定受託事務について私人から行政不服審査請求があったときに、主務大臣が審査庁として受動的にその是正を図る以外に、その手続と同時に地自法による国の関与の制度を利用してその個別行政処分の是正を図るということは想定されていないし、前代未聞ともいうべきであり、かつそのために審査手続を中断するということも異様というほかない。しかも、これを主務大臣の判断ではなく閣議了解という内閣の方針によって行ったということである。これが行政権限の濫用でないというのであろうか。

次に、H30 職権取消処分に対する被告による執行停止決定についても、行審法が「国民が簡易迅速かつ公正な手続の下で広く行政庁に対する不服申立をすることができるための制度」であり、「国民の権利利益の救済を図る」ことが目的とされており（同法 1 条）、沖縄防衛局は、公水法における埋立承認処分を受けるについて、かろうじて「埋立を適法に実施し得る地位」を得るものとしてその「固有の資格」が否定されたに過ぎない。したがって、埋立承認処分によって保護される沖縄防衛局の利益は、私人と同様の私的な利益の範囲にとどまるものである。それにもかかわらず、本来行政不服審査手続によって保護されえない普天間飛行場代替施設建設としての必要性や外交・防衛上の利益という公益を理由として上記執行停止決定がなされており、到底行政事件訴訟においては成り立ち得ない判断を行っている。

上記の経過は、本件裁決が対象としている本件埋立変更不承認処分にかかる手続ではないものの、本件裁決にかかる事実経過と合わせると、

閣議決定による辺野古新基地建設を遂行するためには、その障害となる法定受託事務にかかる沖縄県の処分に対抗するため、地自法による国の関与の制度や行政不服審査請求について、被告と沖縄防衛局が役割分担をなすことによって、その時々政府にとって都合がよい手続を濫用していることが明らかといえる。

そして、本件裁決においては、これと同時に地自法 245 条の 4 に基づいて勧告がなされているが、同勧告は本件裁決がなされたこと以外には何らの理由も示さずに、本件変更承認申請が要件を充足しているから承認するように求めている。地自法による国の関与は、その制度上は個別の行政処分を対象とすることを否定しているものではないものの、むしろ法の一般的な適正な執行を実現することを主眼とするものである。法定受託事務や自治事務に基づく個別の行政処分はもちろん膨大に存するものであり、これが違法であったり不当であったりする場合には、それに最も利害関係を有する当事者が行政不服審査請求や抗告訴訟を提起するなどの複数の救済手続が予定されており、これら当事者による救済手続の利用をまたず主務大臣が直接介入する必要もないし、およそそれを求めることも不可能である。したがって、法定受託事務や自治事務における個別の処分に対して直接主務大臣が関与することは通常ありえないし、また、本件においては当事者が行政不服審査請求をなしているにもかかわらず、別途主務大臣が関与手続を用いる必要性はまったく存しない。ましてや、行審法上は、法定受託事務については上級庁と下級庁の関係にはないことから、本件埋立変更不承認処分についての国交大臣による審査庁としての権限は原処分の取消にとどまり、それを受けて原告が再度処分について検討するにとどまるはずであるにもかかわらず、本

件裁決と同時に、国と地方公共団体の対等性を根拠としたかかる行政不服審査手続の制度を損なう関与を行っているのである。かかる勧告も前代未聞というほかない。

この点に関して付け加えると、本件審査申出にかかる国地方係争処理委員会の令和4年7月21日の審理における口頭陳述において、原告が被告に対して、本件勧告はいつからどのような経緯で検討をしたのか、また、個別の行政処分に対して審査庁として裁決するにあたって同時に地自法に基づく勧告や是正の指示を行う事例が他にあったか否か、またそのような個別事例に対して勧告や是正の指示を行う基準はどのようなものか、を質問したが、被告はこれに対する具体的な回答を拒んだ。このことは、被告が審査庁として公正中立の立場で本件審査請求に対する審査をしなければならない立場にあったにもかかわらず、その審査庁として得た資料をもとに審査と並行して本件勧告の発出を検討していた、というその中立性を毀損する行動をしていたことを認めざるを得ないからにほかならない。また、個別の行政処分に対して審査庁としての裁決にとどまらず地自法上の勧告や是正指示をなすのは、どのような場合でいかなる基準によるのか、について回答できないことについても、辺野古新基地建設にかかる本件の一連の処分について恣意的にかかる関与をなしてきたことを示すものにほかならない。

国交大臣は、それぞれの制度を切り分けて自らの手続の適法性を主張するが、以上のとおり、本件変更不承認処分についての主務大臣としての本件裁決及び勧告は、一般的な行政手続の運用としてなされているものと説明することはおよそ不可能であり、その制度を濫用しているというほかない。